

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/38112>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-07 and may be subject to change.

Boom Juridische uitgevers  
Postbus 85576  
2508 CG Den Haag  
T (070) 330 70 33  
F (070) 330 70 30  
E [info@bju.nl](mailto:info@bju.nl)  
I [www.bju.nl](http://www.bju.nl)

# *EstateTip* Review

Afl. 2007-04

31 januari 2007

---

## Aanmerkelijk belang en erfrecht Overgang onder algemene of bijzondere titel, of gaat het om de vruchten? Spraaakverwarring alom ...

Estate planners realiseren zich als geen ander dat het fiscale recht (mede) bepalend is voor civielrechtelijke keuzes, maar ook dat afhankelijk van de gemaakte keuze fiscale gevolgen intreden. Het fiscale recht leunt nogal eens op het civiele recht. Dat geldt niet alleen voor de successiebelastingen maar ook – en soms vaker dan men denkt – voor de inkomstenbelasting. In deze en de komende *EstateTip Reviews* zullen wij daaraan dan ook aandacht besteden. Daarbij is het vanzelfsprekend niet slechts van belang dat men zich realiseert welke fiscale consequenties aan een ‘civiele keuze’ verbonden kunnen zijn, maar dat men door deze keuze die gevolgen zo mogelijk en wenselijk kan beïnvloeden.

In deze *EstateTip Review* zullen wij op de verkrijging krachtens erfrecht van tot een *aanmerkelijk belang* behorende aandelen ingaan. Wanneer sprake is van een dergelijk belang, is een kwestie van tellen (zie art. 4.6 Wet IB 2001). Gemakshalve gaan wij uit van de verkrijging van het gehele geplaatste aandelenkapitaal in een BV.

Daar waar het de verkrijging krachtens erfrecht van een dergelijk aandelenpakket betreft, dient men direct door te schakelen naar de ‘*erfrechtelijke trits*’, te weten artikel 4.16 lid 1 letter e, artikel 4.17 en artikel 4.38 Wet IB 2001.

### *Eerste ‘stap’*

Het overlijden van een natuurlijk persoon heeft in beginsel een overgang onder algemene titel naar de erfgenamen tot gevolg (erfopvolging); deze overgang kan *civielrechtelijk* niet als een vervreemding worden aangemerkt. In verband daarmee creëert artikel 4.16 lid 1 letter e Wet IB 2001 een *fictieve* vervreemding, hetgeen in beginsel tot belastingheffing over het positieve of negatieve vervreemdingsvoordeel in Box II leidt. Dit voordeel wordt bepaald door de vervreemdingsprijs te verminderen met de verkrijgingsprijs van de betrokken aandelen. Nu een vervreemdingsprijs zal ontbreken (voor de overgang wordt immers geen prijs bedongen), geeft artikel 4.22 Wet IB 2001 aan dat de waarde in het economische verkeer van de betrokken aandelen als tegenprestatie moet worden aangemerkt.

Letter e van artikel 4.16 lid 1 Wet IB 2001 maakt voorts gewag van de ‘overgang krachtens erfrecht onder bijzondere titel’. De civilist zal zich – terecht – afvragen wat hiermee wordt bedoeld, nu ons BW slechts de *overdracht* onder bijzondere titel kent. Fiscalisten weten dan echter dat daarmee de verkrijging op grond van legaten en testamentaire lasten wordt bedoeld. Dat overigens in fiscalibus allerminst kristalhelder is wanneer sprake is van een ‘verkrijging krachtens erfrecht’ is uitgebreid aan de orde gekomen in de oratie van Van Vijfeijken (I.J.F.A. van Vijfeijken, *Krachtens erfrecht* (oratie Tilburg), Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2000).

De erfopvolging en de afgifte van een legaat leiden derhalve in beginsel tot een tweetal fictieve vervreemdingen.

#### *Tweede ‘stap’*

De verkrijging krachtens erfrecht op grond van een overgang onder algemene of bijzondere titel, die als fictieve vervreemding is aangemerkt, wordt vervolgens in artikel 4.17 lid 1 Wet IB 2001 *gedefiscaliseerd*, tenzij een sfeerovergang optreedt.

Met deze sfeerovergang wordt bedoeld op de verkrijging door een *niet*-binnenlands belastingplichtige of het geval dat de aandelen tot een ondernemingsvermogen of tot het resultaat uit een werkzaamheid gaan behoren (art. 4.17 lid 1 Wet IB 2001). Geruisloze doorschuiving in Box II ter zake van een verkrijging krachtens erfrecht blijft als *hoofdregeel* derhalve het uitgangspunt. De claim van de fiscus blijft in stand omdat de verkrijgingsprijs van de betreffende aandelen wordt doorgeschoven naar de desbetreffende verkrijger krachtens erfrecht (art. 4.39 lid 1 Wet IB 2001).

#### *Derde ‘stap’*

Het laatste onderdeel van de trits wordt gevormd door de mogelijkheid voor de *gezamenlijk belanghebbenden* bij de krachtens erfrecht verkregen aandelen om de geruisloze doorschuiving van artikel 4.17 Wet IB 2001 *niet* toe te passen. Afrekening over het verschil tussen de waarde in het economische verkeer minus de verkrijgingsprijs zal dan tegen een tarief van 25% volgen.

Tot zover de theorie.

Nu de praktijk, en wel in het bijzonder de zienswijze van de minister van Financiën op de toepassing van deze trits met betrekking tot een legaat van aanmerkelijk belangaandelen, zoals ontvouwd in het Besluit van 23 november 2006, nr. CPP2006/2674M, onderdeel 6.8.

De minister opent het onderdeel met het volgende uitgangspunt:

‘Indien een erflater in zijn testament een legaat van de aandelen heeft opgenomen en in zijn testament niets heeft bepaald omtrent de ingangsdatum van het legaat, is met betrekking tot de vraag of sprake is van een fictieve vervreemding de regeling in het BW beslissend.’

De estate planner spitst zijn oren: de regeling in het BW is beslissend. Zoals in de inleiding al aangegeven bepaalt de civielrechtelijke vormgeving veelal – mede – de fiscale gevolgen, zo ook bij het onderwerpelijke legaat. Wat de minister overigens met ingangsdatum bedoelt is nog niet direct duidelijk. Daarover zo dadelijk meer.

Wat de minister met de regeling in het BW bedoelt wordt daarentegen direct duidelijk, namelijk artikel 4:201 lid 1 BW, dat bepaalt:

‘Een legaat wordt verkregen zonder dat aanvaarding nodig is, behoudens de bevoegdheid van de legataris om het legaat te verwerpen zolang hij het niet aanvaard heeft.’

Zie over artikel 4:201 BW, *EstateTip Review* 2005-07.

Volgens de minister betekent de verkrijging zonder aanvaarding dat de aandelen *onder algemene titel* op de legataris overgaan op grond van artikel 4.16 lid 1 letter e Wet IB 2001. U leest het goed, het legaat wordt als een overgang onder algemene titel aangemerkt. Voor civilisten is dit vloeken in de kerk. Maar goed, we weten wel waar we fiscaal aan toe zijn. De minister vervolgt namelijk met de mededeling dat de legataris *direct* aanmerkelijk belanghouder wordt. Eventuele dividenduitkeringen zijn bij de legataris in Box II belast, ook al is het legaat nog niet afgegeven. De erfgenamen verkrijgen in fiscalibus geen aandelen; zij vallen er als het ware tussenuit. Er is slechts één fictieve vervreemding, te weten van de erflater aan de legataris.

Civielrechtelijk verloopt de route geheel anders, dat spreekt zonder nadere toelichting wel voor zich.

Mocht de legataris overigens verwerpen, dan komen de aandelen in fiscale zin vanaf het tijdstip van overlijden aan de erfgenamen toe; zij zijn vanaf dat moment aanmerkelijk belanghouder(s) geweest.

Wat zou overigens een reden kunnen zijn om de erfgenamen in fiscale zin buiten de opvolging in de aandelen te houden, met andere woorden om de ‘echte’ verkrijging krachtens erfrecht onder algemene titel als het ware ‘over te slaan’? Een voor de hand liggend motief zou gelegen kunnen zijn in de onmogelijkheid om de aanmerkelijk belangclaim geruisloos door te schuiven naar de legataris omdat de – daaraan voorafgaande – verkrijging door de *erfgenamen* een sfeerovergang tot gevolg heeft vanwege het feit dat een of meer van hen niet binnenlands belastingplichtig zijn.

Of de erfgenamen al dan niet aanmerkelijk belanghouder worden, kan derhalve van belang zijn. In het hiervoor beschreven geval is het óf de legataris, óf zijn het de erfgenamen aan wie de fictieve vervreemding plaatsvindt. De minister licht evenwel toe dat het ook ‘én, én’ kan zijn. Een fictieve vervreemding aan de erfgenamen, gevolgd door een fictieve vervreemding aan de legataris.

De erfgenamen zijn namelijk ook aanmerkelijk belanghouder indien zij een economisch belang bij de aandelen hebben, hetgeen zich – volgens de minister – kan voordoen indien zij een tijdelijk recht op de vruchten van de aandelen hebben, of als de erflater een andere opeisbaarheidsdatum (anders dan overlijden) ten aanzien van het legaat in zijn testament heeft opgenomen.

Dit laatste heeft volgens de minister tot gevolg:

‘(...) dat de erflater eerst onder algemene titel vervreemdt aan de erfgenamen. Vervolgens vervreemden de erfgenamen de aandelen onder bijzondere titel aan de legataris op het moment dat het legaat opeisbaar is.’

Nu komt de ‘aap uit de mouw’ en is duidelijk wat de minister in het eerste citaat met ingangsdatum bedoelde; de datum waarop het legaat opeisbaar is! Deze datum is voor de onderhavige problematiek van wezenlijk belang omdat zij het punt markeert waarop de vruchten van het gelegateerde aan de legataris toekomen.

Artikel 4:124 eerste volzin BW bepaalt namelijk:

‘Tenzij de erflater anders heeft beschikt, heeft een legataris aan wie een bepaald goed der nalatenschap of het vruchtgebruik van een zodanig goed, van de gehele nalatenschap of van een aandeel daarin is vermaakt, recht op uitkering van de vruchten van het hem vermaakte die de erfgenamen hebben geïnd nadat zijn vordering opeisbaar is geworden.’

Resteert de vraag op welk moment een legaat van aandelen opeisbaar is. Artikel 4:125 lid 1 BW brengt ons niet verder, nu dat slechts voor geldlegaten een opeisbaarheidstermijn geeft van zes maanden. Voor de spelregels moeten we de derhalve terug naar de basis, naar Boek 6 BW. Artikel 6:38 BW bepaalt dat als geen tijd voor de nakoming is bepaald, terstond nakoming kan worden gevorderd (zie Handboek Erfrecht (2006), F.W.J.M. Schols, p. 150).

Met deze laatste bepaling vallen de puzzelstukjes op hun plaats. Zoals de minister al aangaf kunnen de erfgenamen als onder meer aanmerkelijk belanghouder(s) worden aangemerkt als de erflater in zijn testament een andere opeisbaarheidsdatum heeft opgenomen. Tegen de achtergrond van artikel 6:38 juncto artikel 4:124 eerste volzin BW is dit begrijpelijk. Zónder woorden vuil te maken aan de opeisbaarheid van het legaat, treedt deze terstond na overlijden in en komen de vruchten vanaf dat moment aan de legataris toe; de erfgenamen hebben geen economisch belang bij de aandelen en worden in fiscale zin ‘overgeslagen’. Neemt de erflater daarentegen een van het overlijdensmoment afwijkende opeisbaarheidsdatum voor het legaat op, dan komen de vruchten van de aandelen enige tijd aan anderen toe, die derhalve een economisch belang bij de aandelen hebben en uit dien hoofde aanmerkelijk belanghouder(s) zijn.

Dit laatste, tenzij de erflater anders met betrekking tot de vruchten heeft beschikt, zo blijkt uit artikel 4:124 eerste volzin BW. Zie ook *EstateTip Review* 2005-14.

Eind goed, al goed. De minister conformeert zich aan Boek 4 BW voor wat betreft de aanmerkelijk belangregeling. Dat is voor de testamentenmaker wel zo prettig. Die kan nu – spelend met de vruchten en de opeisbaarheid – bewust kiezen voor één of twee fictieve vervreemdingen.

*Tot volgende week!*

---



[www.scholsburgerhartschols.nl](http://www.scholsburgerhartschols.nl)



[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

© 2007 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.